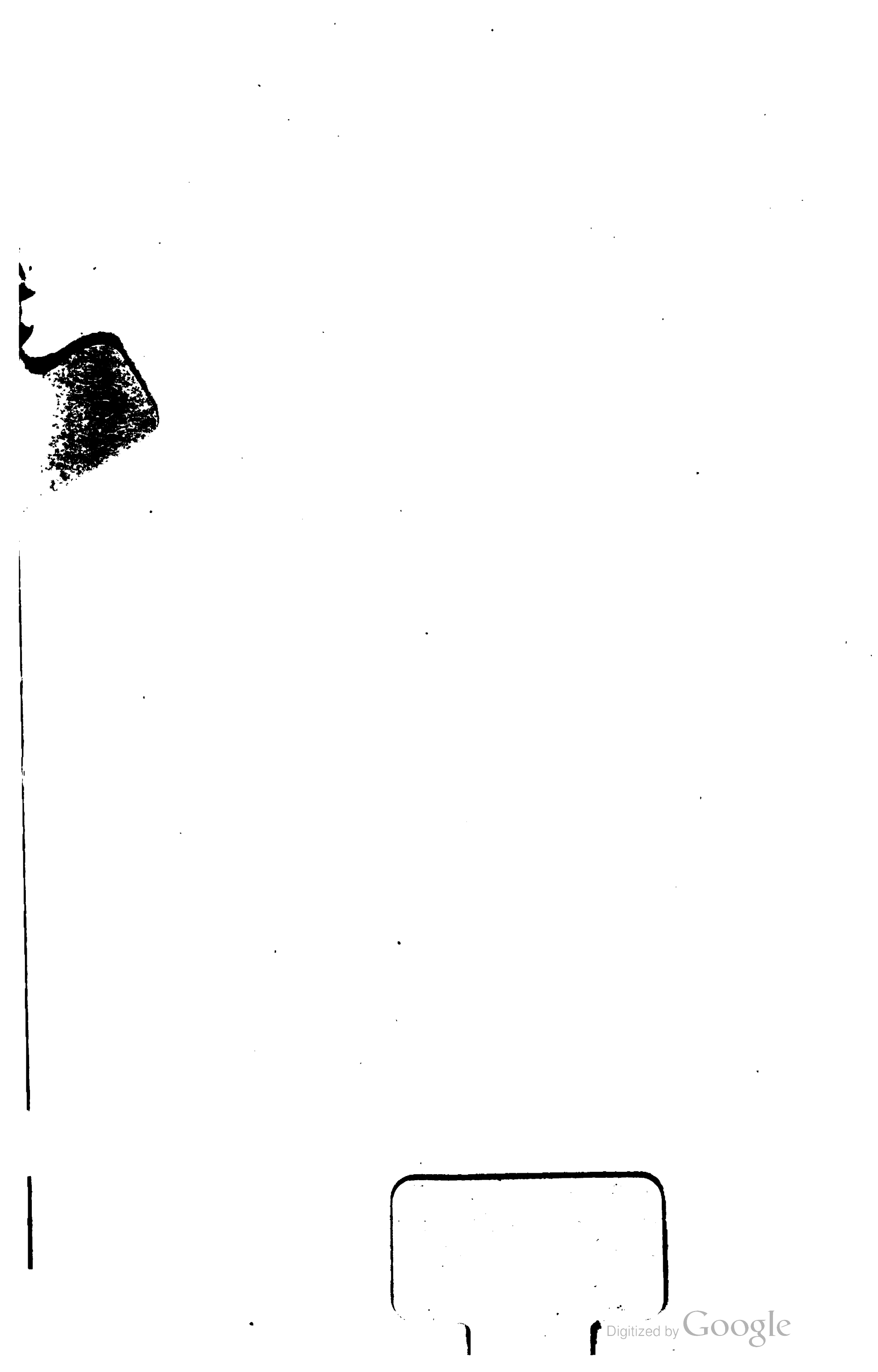
HÖLDER

Uber das klagrecht

1903



Germany

DIE

JURISTISCHE FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT LEIPZIG

VERKÜNDIGT

DIE FEIER DES ANDENKENS

AN

DR. BERNH. FRIEDR. RUD. LAUHN,

WELCHE

AM 13. MAI 1903 NACHMITTAGS 5¼ UHR

IN DER

AULA DES COLLEGIUM IURIDICUM

STATTHABEN WIRD.

ÜBER DAS KLAGRECHT

ERSTER TEIL

VON

DR. JUR. E. HÖLDER

D. Z. DEKAN.

LEIPZIG

DRUCK VON ALEXANDER EDELMANN

UNIVERSITÄTS-BUCHDRUCKER.

I.

Seit langem besteht in unsrer Literatur lebhafter Streit über das Verhältnis des Privatrechtes und des Klagrechtes. Es ist bestritten, ob es ein eignes Klagrecht gibt. Es ist aber nicht bestritten, worin es, falls es überhaupt ein solches gibt, besteht. Es gibt berechtigte und unberechtigte oder, was dasselbe ist, begründete und unbegründete Klagen. Ein Klagrecht hat, wer in einer solchen rechtlichen Lage ist, dass er genügenden Grund zur Klage hat. Da jede Klage eine Klage gegen eine bestimmte Person ist, so kann jemand Grund zur Klage nicht haben, ohne ihn gegenüber einer bestimmten Person zu haben. Und da jede Klage ein bestimmtes durch ihre Erhebung bezeichnetes Ziel haben muss, so bedeutet die Erhebung einer bestimmten Klage den einer bestimmten Person gegenüber durch ihre Belangung erhobenen Anspruch auf den Eintritt eines bestimmten Erfolges. Gibt es ein Klagrecht, so besteht es in der rechtlichen Existenz des Anspruchs auf diesen Erfolg als eines dieser Person gegenüber bestehenden. Die Frage seiner Existenz ist eine Rechtsfrage. Ist sie aber eine Frage des Privatrechtes oder des öffentlichen Rechtes? Es ist unstreitig eine Frage des Privatrechtes, ob ein andrer z. B. aus einem Vertrage oder

Delikte oder kraft meines Eigentums und seines Besitzes mir die Bewirkung eines bestimmten Erfolges schuldet. Ist es aber auch eine Frage des Privatrechtes, ob ich berechtigt bin, zum Zweck der Herbeiführung dieses Erfolges gegen ihn gerichtliche Klage zu erheben? Damit davon die Rede sein kann, muss vor allem die Möglichkeit gerichtlicher Klage und der Herbeiführung bestimmter Erfolge durch solche überhaupt bestehen. Gäbe es kein andres Recht als Privatrecht, so würde diese Möglichkeit nicht bestehen. Gehört aber deshalb, weil die Klage Prozesseröffnung ist und keine Prozesseröffnung und kein Prozess denkbar ist ohne Prozessrecht, auch das Klagrecht, wenn es überhaupt existiert, dem Prozessrecht an? Diese Annahme ist es, die neuerdings mit grosser Energie vertreten wird sowohl durch das neueste Lehrbuch des Zivilprozessrechts von Konrad Hellwig (Erster Band 1903), der sie schon früher durchgeführt hatte in seinem Werk über „Anspruch und Klagrecht" (1900), als in der Schrift von Friedrich Stein: Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage (1903). Beide treten mehrfach meiner Vertretung eines andren Standpunktes in der Zeitschr. für deutschen ZPr. Bd. 29 S. 50 ff. entgegen. Meine erweiterte Behandlung derselben Fragen im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 93 S. 1 ff. haben sie noch nicht gekannt. Im folgenden nehme ich zu ihren Einwendungen Stellung und benutze zugleich die Gelegenheit zu mancher Ergänzung meiner früheren Ausführungen.

Hellwigs Buch ist Adolf Wach gewidmet und Steins Schrift geht aus von seiner Eigenschaft als eines „der ersten und überzeugtesten Anhänger der Wachschen

Lehre"[1]) (S. 4). Wach bezeichnet das Klagrecht als Rechtsschutzanspruch und erklärt, wir haben es zu tun „mit einem zwar dem Privatrecht sekundären, aber doch relativ selbständigen, Privatrecht und Prozess verbindenden öffentlichen Rechte" (S. 14). In ihm empfange das Privatrecht „seine publizistische Kräftigung" (S. 27). „Ohne ihn ist alles Privatrecht leerer Schall und Rauch" (S. 29), was besonders da in die Augen springe, „wo das private Recht in dem richterlichen Urteil seine unmittelbare Befriedigung empfängt oder wohl gar ausschliesslich in dieser Form befriedigt und verwirklicht werden kann, wie das bei der Scheidung oder Ungültigkeitserklärung der Ehe der Fall ist". Mit dieser Charakteristik stimmt es überein, wenn der Verfasser dieser Zeilen 1886 in seinen Pandekten § 4 erklärt hat, das Privatrecht erfahre eine öffentlichrechtliche Ergänzung dadurch, dass es „in der Organisation des Gemeinwesens als eines mit Zwangsgewalt ausgerüsteten eine rechtliche Garantie seiner tatsächlichen Verwirklichung findet".

Nicht ganz im Einklang mit Wachs Charakteristik des Rechtsschutzanspruchs schien mir zu stehen dessen Bezeichnung als eines prozessualen.[2]) Wach ist mit uns darin einverstanden, dass ein bestimmter Rechtsschutzanspruch oder ein bestimmtes Klagrecht identisch ist mit

---

1) Sie ist niedergelegt in seinem Handb. des deutschen Ziv.-PR I 1885 und in der Schrift: Der Feststellungsanspruch 1889 (Sonderausgabe aus der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Windscheid). Die folgenden Zitate beziehen sich auf diese Schrift.

2) Vgl. meine Besprechung der Wachschen Schrift in der Krit. Vierteljahrsschr. für Rechtsw. Bd. 32 S. 361 ff.

einer solchen ausserprozessualischen Rechtslage, die ein zureichender Grund für eine bestimmte Klage ist. Es ist damit nicht gesagt, dass die Klage, wenn sie angestellt wird, durchdringt. Trotz der Eigenschaft seiner Klage als einer begründeten kann der Kläger unterliegen, und trotz ihrer Eigenschaft als einer unbegründeten kann er durchdringen, und zwar nicht nur durch Zufälle oder Fehler, deren Bedeutung das Recht ausschliessen würde, wenn es sie ausschliessen könnte, sondern auch auf Grund prozessrechtlicher Normen, die unter Umständen die Unwirksamkeit begründeter und die Wirksamkeit unbegründeter Klagen bestimmen. Diese Möglichkeit, von der nie gewusst werden kann, ob sie im Fall erhobener Klage sich verwirklichen wird oder nicht, bleibt unberücksichtigt, wenn wir ein bestimmtes Klagrecht als existent oder nicht existent bezeichnen; es bedeutet also seine Existenz die Möglichkeit und seine Abwesenheit die Unmöglichkeit erfolgreicher Klage als eine solche, die besteht nach Massgabe der bestehenden Rechtslage, falls nicht aus einem prozessualen Grunde ein anderes Moment über den Erfolg der Klage entscheidet. Ist aber jene Rechtslage nicht selbst eine prozessuale, während ihre Existenz für die Entscheidung des Prozesses nur innerhalb der Grenzen massgebende Bedeutung hat, in denen dessen Organisation diese zulässt, so ist durch ihre Existenz gerade nach Massgabe des Prozessrechtes der Sieg im Prozesse weder gegeben noch bedingt.

Wenn Hellwig materielle und formelle Klagvoraussetzungen unterscheidet und erklärt, dass für den Sieg im Prozesse zu jenen diese hinzukommen müssen, so ist damit

zwar dem Umstand Rechnung getragen, dass jene nicht für sich den Sieg gewährleisten, aber nicht dem anderen, dass ihr Zutreffen, wie es für den Sieg nicht genügt, so auch für ihn nicht erforderlich ist.

Stein erklärt (S. 13): „Rechtsschutzvoraussetzungen sind diejenigen Umstände, die gegeben sein müssen, damit die Partei einen Rechtsschutzanspruch habe, oder anders ausgedrückt, damit der Richter ein der Partei günstiges Urteil in der Sache fälle.“ Er erklärt, es sei hergebrachter Sprachgebrauch, als Rechtsschutzvoraussetzung die Rechtsfolge des Tatbestandes, den Anspruch, das Rechtsverhältnis, das sog. Recht auf Ehescheidung u. dgl. zu bezeichnen, nicht den Tatbestand selbst, was aber ungenau sei, „denn die Rechtsfolge des Tatbestandes ist seine lediglich gedachte rechtliche Wirkung, sie ist das gedankenmässige Ergebnis einer Subsumtion des Tatbestandes unter das Gesetz und gehört der Sinnenwelt nicht an. Bei der bekannten Arbeitsteilung des modernen Rechts (iura novit curia) ist aber diese Subsumtion ein Teil der Richteraufgabe. Der autoritative Ausspruch, dass die Rechtsfolge entstanden sei, ist schon Gewährung des Rechtsschutzes, kann also nicht seine Voraussetzung sein“ (S. 14). Als Voraussetzungen eines bestimmten Rechtsschutzes bezeichnet Stein demgemäss einen bestimmten Tatbestand, der zu dem bestimmten Rechtsschutze fähig (S. 15) ist, wozu noch komme die Voraussetzung eines Rechtsschutzbedürfnisses. Gegenstand der Entscheidung ist nach ihm der „abzuurteilende Tatbestand“ (S. 38).

Wir verstehen aber nicht, warum es richtiger sein soll, als Rechtsschutzvoraussetzung einen Tatbestand zu bezeich-

nen als ein Rechtsverhältnis. Muss der Kläger als Grund seiner Klage bestimmte Tatsachen behaupten, so muss er sie doch behaupten als solche, kraft deren seine Klage begründet ist, wodurch er ein kraft derselben bestehendes Recht von bestimmtem Inhalte behauptet. Der autoritative Ausspruch, dass die Rechtsfolge entstanden sei, ist freilich „schon Gewährung des Rechtsschutzes, kann also nicht seine Voraussetzung sein." In Frage steht aber auch nicht die Eigenschaft jenes Ausspruches als einer solchen Voraussetzung, sondern die gleiche Eigenschaft des Rechtsverhältnisses, bezüglich dessen jener Ausspruch verlangt wird. Das für den Sieg im Prozesse bestehende Erfordernis, dass bestimmte Tatsachen gegeben sein müssen, wird nach Stein (S. 39) aus Gründen des Prozesses dahin modifiziert, dass sie prozessordnungsmässig feststehen müssen. Aber der Richter komme „nie in die Lage Tatsachen als bestehend anzunehmen, von deren Nichtbestehen ihn der Prozess überzeugt hat und umgekehrt", während in ihm, solange fehlbare Menschen den Richterstuhl einnehmen, „nicht anders als auf dem Wege des Prozesses zur Geltung kommen" könne, was „ausserhalb des Prozesses existiert oder nicht existiert" (S. 39). Der Richter kann aber durch die nicht bestrittene Behauptung einer Partei sehr wohl in die Lage kommen, eine Tatsache trotz seiner Kenntnis des Gegenteils als bestehend behandeln zu müssen, und dass diese Kenntnis für den Prozess nicht existiert d. h. in ihm nicht verwertbar ist, hat mit der Fehlbarkeit der Menschen nichts zu tun, bezeugt aber, dass die ausserprozessuale Rechtslage, auf die sich die Klage gründet, eine Anwartschaft auf er-

folgreiche Klage nur mit dem Vorbehalte begründet, dass aus prozessualen Gründen auch die berechtigte Klage erfolglos und die unberechtigte erfolgreich kann sein müssen. Auf die bestrittene Frage, ob eine so bedingte Anwartschaft als ein Recht bezeichnet werden dürfe, gehen wir hier um so weniger ein, da die auf sie zu gebende Antwort ohne Bedeutung ist für die Entscheidung der uns im weiteren beschäftigenden Fragen.

Der objektiven Unterscheidung einer berechtigten oder unberechtigten entspricht die subjektive Unterscheidung einer redlichen oder unredlichen Klage. Wir pflegen den Unterschied der bona und mala fides nur in Anwendung auf den Beklagten zu behandeln, weil dessen Unredlichkeit seine Haftung steigert, während für den Erfolg einer abgewiesenen Klage es keinen Unterschied zu machen pflegt, ob sie unredlich war. Wie aber der Beklagte unredlich sich verhält, der den fremden Anspruch nicht anerkennt, obgleich er ihn als begründet kennt, so handelt der Kläger unredlich, der einen Anspruch erhebt, obgleich er ihn als unbegründet kennt. Dringt er durch, weil der Beklagte den wider besseres Wissen von ihm erhobenen Anspruch anerkennt oder die wider besseres Wissen von ihm behaupteten Tatsachen nicht bestreitet, so ist praktisch seine unbegründete Klage zu einer solchen geworden, die begründet war. Es ist aber dadurch die Wahrheit nicht aufgehoben, dass sie unbegründet und, weil er sie als unbegründet kannte, unredlich war.

Wäre der Rechtsschutzanspruch prozessualer Natur, so dass die Normierung seiner Bedingungen dem Prozessrechte anheimfiele, so müsste das insbesondere auch gelten von

einer für bestimmte Fälle ihn ausschliessenden Bestimmung. Hat z. B. das senatus consultum Macedonianum dem Darlehnsgläubiger eines Hauskindes das Recht versagt, dieses zum Zwecke seiner Befriedigung zu belangen, so ist, wenn das dadurch ausgeschlossene Recht ein prozessualisches ist, die seinen Ausschluss bestimmende Norm eine prozessrechtliche. Stein (S. 29) ist konsequent genug, dies anzunehmen. Hellwig unterscheidet das „Recht auf Gerichtsschutz zwecks Durchsetzung des Privatrechts“ und „die gerichtliche Verfolgbarkeit als eine Bedingung oder als eine Konsequenz der Vollwirksamkeit“ des Privatrechtsanspruchs (S. 149 Anm. 24). Er bezeichnet (S. 150) „die Frage, ob das Verpflichtungsverhältnis ein vollwirksames oder ein unvollkommenes (naturalis obligatio) ist“, als eine privatrechtliche. In gerichtlicher Verfolgbarkeit kann aber jene Vollwirksamkeit nur bestehen, wenn es Privatrechtsverhältnisse gibt, deren gerichtliche Verfolgbarkeit nicht erst durch eine Bestimmung des Prozessrechtes zu ihrer Existenz hinzutritt, sondern durch ihre Existenz gegeben ist. Und durch die Existenz eines Anspruchs kann seine gerichtliche Verfolgbarkeit nur gegeben sein, wenn er nicht nur eine dem anderen obliegende Pflicht, sondern zugleich das Recht bedeutet, in Ermangelung ihrer Erfüllung gegen den Verpflichteten zwangsweise vorzugehen oder den von diesem geschuldeten Erfolg als einen unabhängig von seinem Willen auf seine Kosten eintretenden herbeizuführen. Hellwig findet (S. 219 Anm. 35) einen Widerspruch darin, dass ich sage, der Berechtigte dürfe die zwangsweise Durchsetzung des Anspruchs unternehmen, aber in der Regel nur durch Stellung des Antrags

auf seine staatliche Durchsetzung; denn der zweite Satz verneine den ersten, was nur dadurch verdeckt werde, dass „Unternehmen der Durchsetzung“ in verschiedenem Sinne gebraucht sei. Das ist aber nicht der Fall. Wenn ich etwas unternehme, so bin ich tätig zum Zwecke der Erreichung des Unternommenen. Dass ich berechtigt bin, die zwangsweise Durchsetzung meines Anspruchs zu unternehmen, bedeutet, dass ich für seine Befriedigung nicht auf den Willen des Gegners angewiesen, sondern befugt bin sie unabhängig von diesem herbeizuführen. Ob tatsächlich mein Unternehmen gelingt oder misslingt, ist eine andre von seiner Berechtigung unabhängige Frage. Sein Gelingen hängt ab von den realen Verhältnissen. Dies gilt vom Fall der staatlichen Zwangsvollstreckung ebenso wie vom Fall privaten Zwangs. Zwar ist die eine Bedingung seines Gelingens, dass nicht der zur Durchsetzung des Anspruchs aufgebotenen Macht der andere eine gleiche oder überlegene Macht entgegensetze, eine solche, deren Erfüllung im ersten Falle regelmässig, wenn auch keineswegs notwendig, gewährleistet ist durch die Übermacht des Staates. Um so öfter scheitert dagegen auch die staatliche Zwangsvollstreckung daran, dass der Anspruch sich nicht durchsetzen lässt, weil das Dasein des andern die zu seiner Befriedigung erforderlichen Mittel nicht darbietet. Durch die Mahnung des Verpflichteten unternehme ich noch nicht die zwangsweise Durchsetzung meines Anspruchs. Ich unternehme sie aber durch seine Belangung. Wer gegen einen andren seinen Anspruch auf eine Leistung desselben durch Klage geltend macht, verlangt die Erlassung eines vollstreckbaren Urteils

gegen denselben und tut damit den ersten Schritt, um seinen Anspruch, falls ihn nicht der Beklagte selbst befriedigt, unabhängig von dessen Willen durchzusetzen. Der erste Schritt ist nicht der letzte, und ich kann von einem einmal begonnenen Unternehmen auch wieder abstehen. Seine Durchführung fällt weg durch anderweitige Erreichung seines Zieles. So wenn der Beklagte sei es schon auf Grund der Klage oder doch, wie er meistens tun wird, auf Grund des Urteils leistet. Ich kann auch ohne Erreichung seines Zieles das begonnene Unternehmen fallen lassen. So kann ich mit der erzielten Verurteilung mich begnügen und die Zwangsvollstreckung nicht betreiben. Es kann mir auch von vornherein nur an jener liegen, wodurch aber meine Klage nicht zu einer nur sie bezweckenden wird. Von Rechts wegen ist ihr Zweck die Durchsetzung meines Anspruchs. Weil aber eine Vorbedingung dieser seine Feststellung durch Urteil ist, und weil es mir überlassen ist, nach Erfüllung dieser Vorbedingung seine Durchsetzung durch einen weiteren von meinem freien Willen abhängenden Schritt zu bewirken, so kann ich das von Rechts wegen dem Zwecke seiner Durchsetzung dienende Mittel auch benutzen, um lediglich die Feststellung des Anspruchs zu erreichen. Würde ich aber von vornherein erklären, dass ich Befriedigung meines Anspruchs nicht begehre und ein Urteil verlange, dessen Wirkung unter Beschränkung auf die Feststellung seiner Existenz weder dem Beklagten seine Befriedigung auferlegt noch mir die Befugnis seiner zwangsweisen Durchsetzung zuerkennt, so wäre das Gericht nicht in der Lage, ein Urteil von so beschränkter Wirksamkeit

zu fällen. Es hätte aber nicht die Klage abzuweisen, sondern die vom Kläger angegebene Beschränkung ihres Zwecks zu ignorieren.

Dass nur durch das für die zwangsweise Durchsetzung des Anspruchs bestehende Erfordernis eines weiteren Vorgehens des Klägers die tatsächliche Beschränkung des Erfolgs der Klage auf die Feststellung des Anspruchs möglich ist, zeigen die Fälle des § 894 ZPO, in denen es eines solchen Vorgehens nicht mehr bedarf. Tritt hier mit der Rechtskraft des Urteils die Wirkung ein, dass die geschuldete Willenserklärung als erfolgt gilt, so ist es nicht möglich, den Anspruch auf dieselbe geltend zu machen, ohne dass er vermittelst des der Klage stattgebenden Urteils befriedigt wird.

Die tatsächliche Möglichkeit, einen Anspruch durchzusetzen, ist im Fall seiner privaten Durchsetzung unabhängig von seiner rechtlichen Existenz. Seine gerichtliche Durchsetzung ist von dieser nicht schlechthin unabhängig, weil sie abhängt von seiner gerichtlichen Anerkennung als eines existierenden. Sie ist aber auch nicht schlechthin von ihr abhängig. Der Prozess dient einem doppelten Interesse. Er dient dem Interesse der Herbeiführung möglichster Übereinstimmung der tatsächlichen Zustände mit den Forderungen des Rechtes. Er dient aber auch dem Interesse des Friedens. Und er dient jenem Interesse nur innerhalb der durch dieses gegebenen Grenzen. Um des Friedens willen ist die private Durchsetzung von Ansprüchen gegen andre ausgeschlossen. Wird nun ein solcher gerichtlich geltend gemacht und wäre die oberste Aufgabe der richterlichen

Entscheidung die Konstatierung, ob er besteht, so müsste jede Entscheidung unterbleiben, wenn er sich weder als bestehend noch als nicht bestehend konstatieren lässt. Sobald aber der Richter nicht in der Lage ist, ihn anzuerkennen, hat er ihn abzuerkennen. Wo Wahrheit der letzte Zweck ist, da gilt es, jedem Zweifel Raum zu geben; die richterliche Entscheidung hat dagegen bezüglich ihres Gegenstandes jeden Zweifel auszuschliessen im Interesse des Friedens. Daher kann ich kein Recht gerichtlich geltend machen, ohne eine Entscheidung zu provozieren, die es entweder anerkennt oder aberkennt. Ich kann seine Anerkennung nur begehren als ein solcher, der bereit ist, für den Fall, dass es mir nicht gelingt, sie herbeizuführen, es als nicht existent gelten zu lassen. Ebenso kann ich der gerichtlichen Geltendmachung eines fremden Rechtes nur entgegentreten als ein solcher, der für den Fall erfolglosen Widerstandes es als existent gelten lässt. Daher die Natur des Rechtsschutzanspruches als eines solchen, dessen Existenz mir nicht nur nicht seine Realisierung gewährleistet, sondern dessen Erhebung auch nicht möglich ist ohne die Gefahr, dass er, falls ich mit ihm nicht durchdringe, mir aberkannt wird. Durch jede Erhebung eines solchen gebe ich ihn daher zugleich für den Fall auf, dass ich damit nicht durchdringe. Daher der grosse Unterschied zwischen einer Mahnung, die durch ihre Erfolglosigkeit mir die Befriedigung nicht verschafft, die ich von ihr erhoffte, und einer erfolglosen Klage, die mir die Möglichkeit verschliesst, noch zu erlangen, was ich durch sie vergebens zu erlangen gesucht habe.

II.

Früher galt als die Klage *κατ ἐξοχην* die sog. Leistungs- oder Verurteilungsklage. Als eine von dieser verschiedene Art der Klage hat dann immer mehr die Aufmerksamkeit auf sich gezogen die Feststellungsklage, die durch unsre Zivilprozessordnung normiert wurde. Schliesslich hat man betont, dass es auch Klagen gibt, die nicht eine richterliche Feststellung eines bestehenden Rechtsverhältnisses, sondern eine richterliche Rechtsänderung verlangen; unter den für sie vorgeschlagenen Namen scheint sich am meisten einzubürgern die Bezeichnung der Bewirkungsklagen. Alle drei Arten kennt schon das römische Recht. Seine praeiudicia sind Feststellungsklagen. Die Teilungsklagen sind Bewirkungsklagen; sie verlangen eine richterliche Teilung, und wenn unsre Bewirkungsklagen unter Umständen, wie namentlich die Scheidungsklage, die richterliche Bewirkung eines solchen Erfolges verlangen, dessen Bewirkung durch die Tätigkeit der Parteien nicht möglich ist, so ging auch die Teilungsmacht des römischen iudex insofern über das rechtliche Können der Parteien hinaus als seine adiudicatio die Teilung bewirkte, ohne dass es zu deren Eintritt der für eine private Teilung erforderlichen Form oder Besitzübertragung bedurfte.

Gemeinsam ist den drei Arten der Klage, dass jede Klage einen Richterspruch verlangt. In dieser Beziehung unterscheidet sich unser Recht wesentlich vom römischen Rechte, für das namentlich Demelius (die Confessio 1880) treffend hervorgehoben hat, dass im Begriff der actio als einer Rechtsverfolgung nicht ihre Eigenschaft liegt, ein Urteil

zu erbitten.[3]) Ist dagegen heutzutage jede Klage als solche eine Erbittung eines Richterspruchs, so liegt es nahe, in diesem den gemeinsamen Zweck aller Klagen zu finden. Jede Klage legt dem Gericht eine bestimmte Frage zur Beantwortung vor mit dem Ausdruck des Wunsches, dass die Frage eine bestimmte Beantwortung finde. Dafür, ob ein Klagrecht besteht, ist danach entscheidend, ob die dem Gerichte zur Beantwortung vorgelegte Frage eine solche ist, deren von ihm verlangte Beantwortung es zu vollziehen hat oder nicht.

Eine allgemeine Bestimmung darüber, wann eine solche Frage vorliegt, finden wir in keinem Gesetze. Als selbstverständlich gilt es, dass solche Fragen nur Rechtsfragen sind. Die Aufgabe des Richters ist Rechtsanwendung, und wenn er in den Fall kommt, zu beliebigen andren Fragen deshalb Stellung nehmen zu müssen, weil von ihrer Entscheidung die Entscheidung einer Rechtsfrage abhängt, so ist für ihn die Entscheidung jener doch nur ein Mittel zur Entscheidung dieser, weshalb auch die Rechtskraft der Entscheidung sich auf diese beschränkt. Davon, dass nur Rechtsfragen zum Gegenstand richterlicher Entscheidung erhoben werden können, besteht nach der herrschenden Meinung eine Ausnahme nach § 256 in Beziehung auf die Frage

---

3) Mit Unrecht erklärt Stein (S. 7) mit unserem Klagensystem habe das römische Aktionensystem nichts gemein; „es stellte die privatrechtlichen Tatbestände dar, auf Grund deren die eine immer sich gleichbleibende Rechtsschutzhandlung der condemnatio ergehen konnte.“ Auch war es dem Kläger keineswegs notwendig um condemnatio zu tun, war doch im Falle einer arbitraria actio sein Anspruch befriedigt durch die zur absolutio führende Befolgung des arbitrium.

nach der Echtheit einer Urkunde; doch ist diese Ausnahme mindestens zweifelhaft, da es eine Rechtsfrage ist, ob ein bestimmtes Ding eine Urkunde ist.

Nicht alle Rechtsfragen sind aber Gegenstand richterlicher Entscheidung, sondern nur konkrete Rechtsfragen. Die Frage nach dem Inhalt eines bestimmten Gesetzes ist eine Rechtsfrage, ohne deren Beantwortung der Richter das Gesetz nicht anwenden kann; seine Auslegung kann aber nicht den Gegenstand eines Zivilprozesses bilden, wenngleich an ihr eine bestimmte Person ein sehr grosses Interesse nicht nur überhaupt, sondern insbesondere gegenüber einer bestimmten andren Person haben kann.

Jede Anrufung richterlicher Entscheidung erfolgt gegenüber einer bestimmten Person durch deren Belangung, und es ist neben der Eigenschaft der vom Richter zu entscheidenden Frage als einer konkreten Rechtsfrage ein weiteres Erfordernis des Rechtes auf die Entscheidung, dass für den Kläger ein Interesse an dieser nicht nur überhaupt, sondern dem bestimmten Beklagten gegenüber besteht. Und zwar muss dieses Interesse ein praktisches sein. Die Frage, ob ich der Eigentümer einer Sache oder Subjekt einer Forderung bin, ist ein möglicher Gegenstand richterlicher Entscheidung zwischen mir und einem andren als dem Besitzer der Sache oder meinem angeblichen Schuldner, aber doch nur, wenn diese Frage für unsre gegenseitigen Beziehungen praktische Bedeutung hat. Ich kann ein grosses Interesse haben an der Konstatierung meines Eigentums gegenüber einer Person, die es verneint oder bezweifelt, ohne doch mir seinen Gegenstand praktisch streitig zu

machen. Verneint eine von mir hoch geschätzte Person die Rechtmässigkeit meines Besitzes, ohne an seine Antastung zu denken, so kann mir dies sehr empfindlich sein und ich kann das dringende Bedürfnis hegen, ihr gegenüber mein Recht darzutun. Kann ich aber deshalb ihr gegenüber dessen richterliche Konstatierung verlangen? Ich könnte sie nach ZPO § 256 verlangen, wenn das hier für die Klage auf „Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses" geforderte Interesse an der verlangten Feststellung nicht ein praktisches sein müsste. Unstreitig habe ich jeder Person gegenüber, an deren Achtung mir liegt, ein Interesse daran, dass sie meinen Besitz und mein Verhalten nicht für unrechtmässig halte, also auch im Fall ihrer mir bekannten gegenteiligen Meinung ein Interesse daran, dass ihr gegenüber mein von ihr verneintes Recht konstatiert werde. Würde aber deshalb jede fremde Verneinung eines zu meinen Gunsten bestehenden Rechtsverhältnisses das Verlangen seiner richterlichen Feststellung begründen, so müsste dasselbe gelten von solchen Rechten dritter, die der sie verneinenden Person gegenüber konstatiert zu sehen für mich ein Bedürfnis ist. Gegenstände richterlicher, durch Feststellungsklage geforderter Konstatierung oder Verneinung sind nicht nur Rechte des Klägers oder des Beklagten, sondern auch Rechte dritter, und zwar deshalb, weil und insoweit als die Frage ihrer Existenz praktische Bedeutung hat für das gegenseitige Verhältnis der Prozessparteien. Die richterliche Konstatierung oder Verneinung einer bestimmten rechtlichen Beziehung des Klägers zum Beklagten hat die Bedeutung, dass diese Beziehung als

bestehend oder nicht bestehend gilt. Die zwischen bestimmten Parteien erfolgte Konstatierung oder Verneinung eines nicht in einer bestimmten rechtlichen Beziehung derselben bestehenden Rechtsverhältnisses konstatiert oder verneint nicht sowohl dieses selbst als diejenige rechtliche Beziehung der Parteien, die durch seine Existenz gegeben oder bedingt ist. Besteht eine solche überhaupt nicht, so liegt eine Frage, deren richterliche Entscheidung dem andren gegenüber verlangt werden könnte, schon deshalb nicht vor, weil diese Entscheidung keine Rechtskraft zu haben vermöchte.

Was § 256 als ein besonderes Erfordernis der Feststellungsklagen im Gegensatz zu anderen Klagen betont, ist ein rechtliches Interesse daran, dass die Frage, deren richterliche Entscheidung verlangt wird, alsbald entschieden werde. Auch daraus ergibt sich das Erfordernis dieses Interesses als eines praktischen. Wenn für mich eine Frage überhaupt besteht, habe ich auch ein Interesse an ihrer alsbaldigen oder möglichst baldigen Entscheidung; denn es besteht stets ein Interesse an der Aufhebung des durch die Existenz des bestimmten Punktes als eines zweifelhaften gegebenen Zustandes der Spannung. Wo die Eigenschaft jenes Interesses als eines praktischen ausgeschlossen ist, da besteht nie ein Recht auf richterliche Entscheidung. Zur Zeit besteht ein solches nicht, wenn die Eigenschaft jenes Interesses als eines praktischen ihm zukommen kann, aber zur Zeit nicht zukommt.

Ist Gegenstand der Entscheidung des Zivilrichters nur eine konkrete Rechtsfrage, die für den Kläger dem Beklagten gegenüber praktische Bedeutung hat, so fragt sich wei-

ter, ob diese Frage eine privatrechtliche sein muss. Nach Stein (S. 4) enthält der Rechtsschutzanspruch keine innere Beziehung zum Privatrecht, kann vielmehr „die abzuurteilende Rechtsbeziehung dem Privatrecht oder dem Prozess-, Staats-, Verwaltungs-, Kirchen- oder welchem sonstigen Recht angehören," ist also „das Privatrecht nur ein Gegenstand des prozessualen Schutzes." Prozessrechtliche Fragen sind aber Gegenstand richterlicher Entscheidung nicht für sich und um ihrer selbst willen, sondern lediglich als Vorfragen, von deren Entscheidung es abhängt, ob dem Gerichte eine andre durch seine Anrufung verlangte Entscheidung zukommt. Und wenn im übrigen die Form des Zivilprozesses auch Anwendung finden kann und unter Umständen findet auf die Entscheidung von Fragen des öffentlichen Rechtes, so ist sie doch zunächst berechnet auf die Entscheidung privatrechtlicher Fragen. Die ganze Normierung des Zivilprozesses beruht auf der Voraussetzung, dass regelmässig die durch seine Betreibung erfolgende Rechtsverfolgung eine Sache des Beliebens der Parteien ist. Es steht nicht nur dem Kläger frei, Klage zu erheben oder nicht zu erheben und die einmal erhobene Klage durchzuführen oder fallen zu lassen, sondern es steht auch jeder Partei frei, im Prozesse anstatt eines ihren Sieg ermöglichenden Verhaltens ein solches zu beobachten, das, obgleich in Wirklichkeit ihre Klage oder ihre Bestreitung der fremden Klage begründet ist, die Notwendigkeit ihrer Niederlage begründet. Dem ist so, weil für jede Partei ihre Niederlage oder eine zu ihren Ungunsten ergehende Entscheidung lediglich ihre Sache ist. Die konkrete zwischen den Parteien zu entscheidende Rechtsfrage

ist Gegenstand der richterlichen Entscheidung nicht als eine solche, an deren richtiger Entscheidung ein allgemeines Interesse besteht, sondern als eine solche, an deren zu ihren Gunsten erfolgender Entscheidung die Partei ein Interesse hat, das wahrzunehmen oder nicht wahrzunehmen ihr freisteht.

Nach Stein (S. 4) krankt die zivilistische Literatur „auch jetzt noch vielfach an der Neigung, den Prozess als einen publizistisch verdorbenen Nebenzweig des Privatrechtes anzusehen". Einen Beleg, der schwer aufzutreiben sein dürfte, gibt Stein für diesen Satz nicht. Wir erkennen das Prozessrecht unbedingt als einen Teil des öffentlichen Rechtes an. Daneben müssen wir aber betonen, dass der Zivilprozess zum Privatrecht sich nicht verhält als ein solches der Entscheidung privatrechtlicher Fragen dienendes Mittel, dessen Organisation unabhängig wäre von der privatrechtlichen Natur jener Fragen, dass vielmehr diese weithin seine Organisation bestimmt. An sich fordert die Aufgabe, eine bestimmte Frage zu entscheiden, die Aufsuchung und Abwägung aller für und gegen eine bestimmte Entscheidung derselben bestehenden Gründe, und die Aufgabe ist nur lösbar, wenn überwiegende Gründe für eine bestimmte Entscheidung derselben sich ergeben. Dieser allgemeinen Aufgabe gegenüber hat jede richterliche Entscheidung die Besonderheit, dass sie auch zu erfolgen hat, wenn überwiegende Gründe für eine bestimmte Entscheidung nicht bestehen, weil der Richter die durch die Klage oder Anklage aufgeworfene Frage in Ermangelung entscheidender Gründe für ihre Bejahung zu verneinen hat. Dazu kommt für den Zivilprozess, dass es nicht die Sache des Richters ist, die für die Entscheidung

massgebenden Gründe sämtlich selbständig aufzusuchen. Wie weit in dieser Beziehung die Beschränkung des Richters reicht, inwieweit insbesondere bestimmte für die Entscheidung massgebende Momente nicht nur trotz ihrer wirklichen Existenz von ihm zu ignorieren sind, weil sie von den Parteien nicht behauptet sind, sondern auch ohne ihre wirkliche Existenz von ihm anzunehmen sind, weil sie von einer Partei behauptet und von der anderen nicht bestritten sind, kann sehr verschieden bestimmt sein. Kann aber überhaupt das Verhalten der Parteien aus prozessrechtlichen Gründen die Notwendigkeit einer bestimmten Entscheidung begründen, wenngleich es nicht nur für den angeblich durch die Entscheidung lediglich zu konstatierenden Sachverhalt nichts ergibt, sondern auch vielleicht der Richter weiss, dass in Wirklichkeit die Sache sich anders verhält, so ergibt sich zwar nicht, dass der Prozess überhaupt nicht die Aufgabe der Konstatierung des wirklichen Sachverhalts hätte, aber doch, dass darin nicht sein einziger Zweck besteht und dass die Aufgabe jener Konstatierung wegfällt, wo das Prozessrecht eine bestimmte Entscheidung unabhängig davon vorschreibt, wie die Sache sich wirklich verhält. Da das Urteil dieselbe Bedeutung hat, ob es aus einem solchen Grunde oder auf Grund der Überzeugung des Richters vom wirklichen Sachverhalte erfolgt, und da auch im zweiten Falle seine Bedeutung nicht von der Richtigkeit dieser Überzeugung abhängt, so bedeutet es nie, dass die in ihm als existent bezeichnete positive oder negative Rechtsbeziehung unabhängig von seiner Vollziehung besteht, sondern stets, dass sie besteht vermöge seiner Vollziehung.

Dem einer Bewirkungsklage stattgebenden konstitutiven Urteile pflegt man andre Urteile als lediglich deklaratorische entgegenzusetzen. Jedes Urteil ist aber konstitutiv oder begründet eine bestimmte sei es positive oder negative Rechtsbeziehung. Dass es sie begründen kann als eine solche, die erst von jetzt an besteht, oder als eine solche, die schon bisher bestanden d. h. dieselbe Bedeutung hat, wie wenn sie schon bisher bestanden hätte, hat das Urteil mit andren eine rechtliche Wirkung begründenden Vorgängen gemein. Wenngleich der Richterspruch eine bestimmte Rechtsbeziehung angeblich nur konstatiert, begründet er, soweit die Rechtskraft des Urteils reicht, ihre Existenz, während darüber hinaus weder eine Begründung noch eine Konstatierung derselben vorliegt. Indem aber ihre Konstituierung in der Form ihrer Konstatierung erfolgt, begründet er sie als eine solche, der die Bedeutung einer schon bisher bestehenden zukommt, wodurch die Frage, ob sie eine solche schon war oder nicht, praktisch gleichgültig wird. Im Falle einer Bewirkungsklage begründet das Urteil regelmässig die durch sie begehrte Wirkung als eine erst von jetzt an platzgreifende, was aber keineswegs immer zutrifft. Wäre das auf eine Bewirkungsklage ergehende Urteil ein konstitutives lediglich in seiner Eigenschaft, die durch sie verlangte Rechtsänderung zu bewirken, so hätte das ihr stattgebende Urteil eine ganz andre Natur als das sie abweisende Urteil. Gleich dem einer andren Klage stattgebenden und dem sie abweisenden Urteil ist jenen beiden Urteilen gemeinsam, dass sie das durch die Klage geltend gemachte Recht anerkennen beziehungsweise aberkennen. Sie sind beide konstitutiv; denn gleich jedem

eine Klage abweisenden Urteil begründet z. B. die Abweisung einer Scheidungsklage die Eigenschaft der bestimmten Ehe als einer solchen, die aus dem bestimmten durch die Klage geltend gemachten Grunde nicht geschieden werden konnte, unabhängig davon, ob ihr diese Eigenschaft bisher wirklich zukam. Dass ein der Klage stattgebendes Urteil die entgegengesetzte Eigenschaft der Ehe begründet, hat für seine Wirkung in der Regel keine selbständige Bedeutung, weil es die Ehe trennt und der eingetretenen Wirklichkeit gegenüber die Frage der früheren Möglichkeit keine Rolle mehr spielt. Hat aber aus irgend einem Grunde die Frage, ob zu einer bestimmten früheren Zeit das Recht auf Scheidung bestand, zwischen den Ehegatten praktische Bedeutung, so ist dadurch, dass die Scheidung aus einem dieser Zeit angehörenden Grunde erfolgt ist, auch jenes Recht als ein solches anerkannt, das damals bestanden hat.

Wie die Bewirkungsklage das Recht des Klägers auf den Eintritt eines bestimmten Erfolges geltend macht, aber nicht die blosse richterliche Erklärung, dass dem Kläger jenes Recht zukomme, sondern die Bewirkung dieses Erfolges und damit die Aufhebung jenes Rechtes durch Realisierung seines Inhalts bezweckt, so macht auch die Leistungs- oder Verurteilungsklage das Recht des Klägers auf den Eintritt eines bestimmten Erfolges geltend, bezweckt aber gleichfalls nicht die blosse Erklärung, dass dem Kläger jenes Recht zukomme, sondern die Bewirkung dieses Erfolges und damit die Aufhebung jenes Rechtes durch Realisierung seines Inhalts. Wenn ich einem andren gegenüber das Recht auf den Eintritt eines bestimmten Erfolges in der Weise habe,

dass ich von jenem die Bewirkung dieses Erfolges verlangen kann, so habe ich ihm gegenüber einen Anspruch im Sinne des BGB. Dem Falle, dass ich die Bewirkung eines bestimmten Erfolges von einem andern verlangen kann, steht aber zur Seite der Fall, dass ich dessen Bewirkung zwar nicht vom andren, aber ihm gegenüber durch seine Belangung vom Gerichte verlangen kann. Und beide Fälle sind keineswegs total verschieden. Gleich dem einem andern gegenüber bestehenden Recht auf einen von ihm zu bewirkenden Erfolg ist das ihm gegenüber bestehende Recht auf einen vom Gericht zu bewirkenden Erfolg ein Anspruch auf den Eintritt dieses Erfolges. Die Bestimmung des BGB, der Anspruch sei das Recht etwas von einem andren zu verlangen, bezeichnet das einen zu Recht bestehenden Anspruch geltend machende Verlangen als ein berechtigtes nicht im Sinne seiner blossen Erlaubtheit, sondern im Sinn seiner massgebenden Bedeutung. Solche hat es zunächst als ein von Rechtswegen den andren zur Leistung des Verlangten bestimmendes Motiv. Die Eigenschaft eines solchen Motivs hat die gerichtliche Belangung des andren mit seiner privaten Anforderung gemein. Es ist nicht ein zufälliger, sondern ein bestimmungsgemässer Erfolg meiner Klage, wenn schon ihre Erhebung den Beklagten zur Befriedigung meines Anspruchs bestimmt. Für den Fall, dass nicht schon ihre Erhebung diesen Erfolg hat, bezweckt sie die Verurteilung des Beklagten. Man streitet darüber, ob diese lediglich den vom Kläger geltend gemachten Anspruch für existent erklärt oder dem Beklagten seine Befriedigung befiehlt. Es ist aber genau dasselbe, ob das Urteil die vom Kläger geltend gemachte Leistungspflicht des Be-

klagten für eine bestehende oder ob es sie für eine von ihm zu erfüllende erklärt. Der Name der Verurteilung bezeichnet nicht einen besonderen über die Anerkennung des klägerischen Anspruchs hinausgehenden Inhalt des Urteils, er bezeichnet aber dieses als ein Mittel zum Zweck der Realisierung des geltend gemachten Anspruchs. Ein solches ist es entweder als ein den Beklagten zu ihr bestimmendes oder als ein sie dem Kläger ermöglichendes. Durch die für diesen bestehende Möglichkeit, seinen vom Beklagten trotz der Klage und Verurteilung nicht befriedigten Anspruch durch Zwangsvollstreckung zu realisieren, ist dessen Realisierung ohne den Willen des Beklagten möglich.

Vom Anspruch auf einen nicht durch Richterspruch bewirkbaren Erfolg unterscheidet sich der Anspruch auf einen nur durch Richterspruch bewirkbaren Erfolg dadurch, dass zu seiner Realisierung ein Richterspruch sowohl erforderlich ist als genügt. Dadurch, dass zu seiner Realisierung der Richterspruch genügt, ist dieser ein Mittel jener nicht als einer solchen, die auf Grund desselben erst eintreten soll, sondern als einer unmittelbar durch ihn eintretenden. Wie die Römer solche Gesetze als leges perfectae bezeichnen, die unverbrüchlich sind, weil sie erfolgreiche Zuwiderhandlung nicht zulassen, was unmöglich ist, wenn es sich um andre als Rechtserfolge handelt, so ist das einen Rechtserfolg unmittelbar bewirkende Urteil seines Erfolges als eines durch seine Fällung eintretenden sicher im Gegensatze zu einem anderen Urteile, das die Bewirkung eines Erfolges der Tätigkeit des es befolgenden Beklagten oder des zur Zwangsvollstreckung schreitenden Klägers anheimstellt.

Ist im Gegensatze zu einem durch Richterspruch bewirkbaren Erfolge ein andrer Erfolg, insbesondere jeder, der nicht ein reiner Rechtserfolg ist, ein solcher, dessen Realisierung durch das Urteil noch nicht erfolgt und daher auch nicht schlechthin gesichert ist, so ist er auf der andren Seite ein solcher, zu dessen Realisierung es des Urteils und damit auch der Klage nicht notwendig bedarf. Daraus ergeben sich Konsequenzen sowohl für den Zweck als für das Bedürfnis der Klage. Der Zweck der Bewirkungsklage geht auf in der Erlangung eines ihr stattgebenden Urteils. Der Zweck der Leistungsklage ist einesteils durch das ihr stattgebende Urteil noch nicht erreicht und andernteils ohne Urteil erreicht, wenn der Beklagte den Anspruch des Klägers befriedigt. Das Bedürfnis der Klage ist im Falle des Rechtes auf einen nur durch Richterspruch bewirkbaren Erfolg durch seine Existenz gegeben. Im Fall des Rechts auf eine Leistung des andren trifft dies nicht zu. Man hat daher darüber gestritten, ob das Recht, von einem andren etwas zu verlangen, zu dessen Belangung ohne weiteres berechtigt oder erst im Falle des durch erfolgloses privates Verlangen der Leistung gegebenen Bedürfnisses. Doch wird nicht bestritten, dass der Richter eine Leistungsklage nicht deshalb abzuweisen hat, weil der Beklagte nicht vorher die Leistung ohne Erfolg vom Beklagten verlangt hat. Nach § 93 CPO fallen, wenn „der Beklagte nicht durch sein Verhalten zu Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat", dem Kläger „die Prozesskosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt". Sie fallen ihm hier zur Last im Gegensatze zur Regel des § 91, dass „die unterliegende

Partei“ sie zu tragen hat; ist doch der Beklagte, der den Anspruch des Klägers anerkennt, „auf Antrag dem Anerkenntnisse gemäss zu verurteilen“ (§ 307). Es ist daher unbegreiflich, dass selbst ein Mann wie Windscheid (Lehrb. des Pandektenrechts § 122) in dieser Bestimmung ein Zeugnis nicht sowohl gegen, als für die Abhängigkeit des Klagrechts von einem durch das Verhalten des Beklagten begründeten Klagbedürfnis sehen konnte. Von dem in jenem Fall zu Gunsten des Klägers ergehenden Urteil sagt Windscheid, es habe „lediglich deklaratorische Bedeutung“. Diese würde aber nicht ausschliessen, dass durch das Urteil der Klage stattgegeben wird, und das einer Klage stattgebende Urteil erklärt sie doch nicht für unbegründet oder unberechtigt, sondern für begründet oder berechtigt. Und wenn überhaupt einem Urteile eine „lediglich deklaratorische Bedeutung“ beigelegt werden könnte, so kann keinesfalls davon die Rede sein bezüglich einer Verurteilung, die doch bezweckt, dem Kläger zu verschaffen, was ihm der Beklagte schuldet.

So ist gleich dem einem andren gegenüber bestehenden Anspruch auf eine richterliche Rechtsänderung der Anspruch auf eine Leistung des andren durch seine Existenz klagbar. Jener Anspruch kann nur gerichtlich erhoben werden und seine Erhebung bezweckt nichts andres als ein ihn befriedigendes Urteil. Der Anspruch auf eine fremde Leistung kann sowohl aussergerichtlich als gerichtlich erhoben werden, ohne dass seiner gerichtlichen Erhebung eine aussergerichtliche vorangehen müsste. Die Erhebung jedes Anspruchs bezweckt seine Befriedigung. Die gerichtliche Erhebung

eines Privatrechtsanspruchs hat denselben Zweck wie seine aussergerichtliche Erhebung. Bezweckt sie nichts andres als seine Befriedigung, so ist die durch sie beantragte Verurteilung des Beklagten nur ein Mittel zu ihrem Zwecke. Wenn daher Stein (S. 8) in der Bezeichnung der Leistungsklage nur eine „ungenaue Abkürzung" für die Bezeichnung der Verurteilungsklage findet, so bezeichnet vielmehr jener Name besser den Zweck der Klage, der erreicht wird, wenn es ohne Urteil zur Leistung kommt, wogegen er nicht erreicht wird, wenn zwar die Verurteilung, aber nicht die Realisierung ihres Inhalts erreicht wird. Wenn er innerhalb der Verurteilungsklagen vier „nicht durch das Ziel, sondern nur durch das Verfahren" verschiedene Arten unterscheidet, so hat diese Verschiedenheit für die Natur der Klage als einer Leistungsklage keinerlei Bedeutung.

Gerade die Bewirkungs- oder Rechtsgestaltungsklage soll nach Stein (S. 13) zeigen, dass es nicht der Anspruch des materiellen Rechts ist, der zur Klage berechtigt; denn er soll bei allen Rechtsgestaltungsklagen fehlen. Das Charakteristische dieser soll sein, dass der Richter „hier (und nur hier) einen dem Gesetz innerlich gleichartigen rechtsschöpferischen Ausspruch tut" (S. 12). Einen solchen tut er um so mehr, je grösser die Freiheit des ihm vom Gesetze überlassenen Ermessens ist, was aber nichts damit zu tun hat, ob ihm die Bewirkung einer Rechtsänderung zukommt. Die Scheidungsklage ist eine Rechtsgestaltungsklage unabhängig davon, wie starr oder elastisch das Recht die Scheidungsgründe bestimmt. Erklärt es Ehebruch schlechthin für einen solchen, so ist ein wegen desselben die Ehe

trennendes Urteil doch wahrlich kein dem Gesetz innerlich gleichartiger schöpferischer Ausspruch, während weit mehr ein solcher die Bestimmung einer vom Richter nicht zu ändernden, sondern nur festzustellenden bonae fidei obligatio ist.

Wenn Stein (S. 13) gerade die Bewirkungsklagen als Fälle nennt, wo kein „Anspruch des materiellen Rechts besteht, sondern nur „der Rechtsschutzanspruch, das spezifisch prozessuale Element, der in seinem Wesen derselbe bleibt, ob er auf Verurteilung oder Feststellung geht“, so scheint uns gerade für diese Fälle umgekehrt offensichtlich einmal, dass ein Anspruch des materiellen Rechts vorliegt, sodann, dass der durch die Klage geltend gemachte Rechtsschutzanspruch in jenem aufgeht, endlich dass der Inhalt des diesem Anspruch stattgebenden Urteils ein andrer ist als der Inhalt andrer Urteile. Auch die Verurteilung ist eine blosse Feststellung, die noch nicht die Befriedigung des festgestellten Privatrechtsanspruchs in sich schliesst, wogegen die Bewirkung einer Rechtsänderung den durch die Klage erhobenen Anspruch auf deren Eintritt befriedigt. Gibt mir das Gesetz unter bestimmten Umständen ein Recht auf die Trennung meiner Ehe, ohne deren Vollziehung auf einem andren Wege als dem Wege des Richterspruchs zuzulassen, so ist das Recht auf den die Ehe trennenden Richterspruch überhaupt nicht ein zweites Recht neben dem Rechte auf die Trennung der Ehe, sondern dieses Recht ist mit jenem Rechte identisch. Das einer bestimmten Person gegenüber bestehende Recht auf eine solche Änderung des zur Zeit bestehenden Zustandes, die überhaupt nicht durch jene Person, sei es

für sich oder in Gemeinschaft mit dem Berechtigten, sondern nur durch das Gericht bewirkt werden kann, geht auf in dem ihr gegenüber bestehenden und durch ihre Belangung geltend gemachten Rechte auf die gerichtliche Bewirkung der Änderung, und es hat schlechterdings keinen Sinn, vom Rechte auf Ehescheidung als einem kraft bestimmter Tatsachen nach dem BGB. gegenüber dem andren Gatten platzgreifenden das Recht auf ihre Vollziehung als ein kraft derselben Tatsachen nach dem Prozessrecht dem Staate oder Gerichte gegenüber platzgreifendes zu unterscheiden. Nach dem ersten Entwurf, der die Bezeichnung der Klage möglichst vermied, konnte der zur Forderung der Scheidung berechtigte Ehegatte „die Scheidung verlangen". Nach dem BGB. kann er „auf Scheidung klagen". Schon der Wortlaut des Gesetzes bezeichnet also jetzt das Recht auf Scheidung als ein Klagrecht. Ein solches und nur ein solches war es aber ebenso nach dem ersten Entwurf, nach dem es eben so wenig wie nach dem Gesetze eine andre Möglichkeit der Erhebung jenes Verlangens gab als durch Klage.

Mit Unrecht schreibt mir Stein (S. 11 f.) den Versuch zu, „alle vorhandenen Klagtypen auf die Formen der Verurteilungs- und Feststellungsklage zurückzuführen", was freilich, wie er sagt, „ohne Vergewaltigung klarster Rechtssätze unmöglich ist". Aus meinem Satze, dass auch die Verurteilungsklage eine Bewirkungsklage ist, macht Stein den Satz, die Bewirkungsklage sei eine Verurteilungsklage. Die Annahme der Verwandtschaft beider glaubt er zu beseitigen durch den lapidaren Satz: „Der Staat bewirkt, der Schuldner

leistet“ (S. 8 Anm. 2). Worin soll aber der Unterschied dieser Tätigkeiten bestehen? Dass der Schuldner durch seine Leistung nichts bewirken soll, ist nicht zu begreifen, und spricht nicht das BGB. beständig von der Bewirkung der Leistung, was freilich deshalb nicht ganz korrekt erscheint, weil diese selbst eine Bewirkung und ihr Gegenstand das durch sie Bewirkte ist? Eine Leistung an den Berechtigten ist diese Bewirkung, weil sie erfolgt als eine ihm geschuldete und seinen Anspruch befriedigende. Und hat etwa die staatliche Vollziehung einer durch Klage verlangten Rechtsänderung dieses Moment nicht mit der Vollziehung einer geschuldeten Leistung gemein? Ist es nicht eine mir durch das Gericht zu Teil werdende Leistung, wenn dieses auf mein Verlangen meine Ehe scheidet? Und hat es nicht diese Leistung nur zu vollziehen, wenn es sie als eine mir geschuldete erkennt? Die mir geschuldete Wirkung kann eine reale Wirkung oder eine Rechtswirkung sein. Eine reale Wirkung kann nicht durch richterliches Urteil bewirkt werden. Das Urteil kann ihre Bewirkung nicht vollziehen, sondern nur dem Beklagten auferlegen und dem Kläger gestatten. Unter den Rechtswirkungen gibt es solche, die sowohl durch das Urteil als durch Leistung des Beklagten bewirkt werden können, solche, die nur durch diese, und solche, die nur durch jenes bewirkt werden können. Handelt es sich um einen nur durch Richterspruch bewirkbaren Erfolg, so besteht ein Anspruch nur auf seine richterliche Bewirkung und bedeutet die Klage auf Herstellung desselben das Verlangen dieser. Handelt es sich um einen nicht durch Richterspruch bewirkbaren Erfolg, so kann die Klage

auf Herstellung desselben nur das Verlangen eines diese dem Beklagten auferlegenden beziehungsweise dem Kläger gestattenden Richterspruchs bedeuten. Handelt es sich um einen sowohl durch Richterspruch als anderweitig bewirkbaren Erfolg, so wird durch die Klage sowohl das Verlangen seiner Bewirkung durch den Beklagten als das Verlangen seiner eventuellen Bewirkung durch Richterspruch erhoben. Geschieht die Abgabe einer Willenserklärung durch den von mir darauf Belangten, so ist sie auf mein Verlangen geschehen. Kommt es, weil er trotz der Klage nicht geleistet hat, zur Verurteilung, so unterscheidet sich diese von einer andren Verurteilung dadurch, dass die Erklärung als abgegeben gilt, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Das Urteil bewirkt also die verlangte Rechtsänderung in Ermangelung ihrer Bewirkung durch den Beklagten, und die Klage ist zwar zunächst eine Leistungsklage, aber zugleich eine eventuelle Bewirkungsklage, was sie sein kann, weil sie in der einen und der andren Eigenschaft denselben Erfolg bezweckt.

III.

So ist die Klage als Leistungs- wie als Bewirkungsklage ein Mittel zur Herstellung einer sei es rechtlichen oder realen Wirkung, auf deren Eintritt der Kläger dem Beklagten gegenüber ein Recht hat. Ausser dem Rechte darauf, dass durch ihn eine Wirkung *nunmehr* eintrete, kann ich einen andren gegenüber ein Recht darauf haben, dass durch ihn eine Wirkung *später* eintrete, sowie darauf, dass durch ihn eine Wirkung *nicht* eintrete. Unbestritten ist, dass ich weder

aus dem ersten noch aus dem zweiten Grunde ihn ohne weiteres belangen kann. Damit, dass, wie wir meinen, der Anspruch des materiellen Rechtes ohne weiteres gerichtlich verfolgbar ist, stimmt dies überein, wenn in jenen Fällen ein solcher nicht besteht. Für beide Fälle wird das Gegenteil behauptet. Den Wortlaut des BGB. hat die Annahme, dass auch in diesen Fällen ein Anspruch bestehe, bezüglich des ersten Falls gegen, bezüglich des zweiten für sich. In Wirklichkeit besteht aber ein den Gegenstand einer Verjährung bildender Anspruch — und diese Eigenschaft ist es ja, in der das BGB. den Anspruch bestimmt — weder im einen noch im andern Falle.

Ist die mir geschuldete Leistung noch nicht fällig, so habe ich noch nicht das Recht sie zu verlangen, ist also ein Anspruch im Sinn des BGB. noch nicht entstanden, weshalb § 198 die Verjährung beginnen lässt mit der Entstehung des Anspruchs. Dass etwas fällig ist, bedeutet, dass sein Fall eingetreten ist. Ein fälliger Anspruch ist ein zu vollendeter Existenz gelangter, ein noch nicht fälliger ein solcher, dessen Entstehungsbedingungen im übrigen vorliegen, während die für seine Entstehung erforderliche Eigenschaft der Leistung als einer nicht erst für spätere Zeit, sondern für die Gegenwart geschuldeten noch fehlt. Mit Unrecht wendet daher gegen meine Auffassung des Anspruchs als eines vor der Fälligkeit noch nicht entstandener Hellwig ein, dass ich selbst die Bezeichnung der Fälligkeit und des Fälligwerdens auf den Anspruch anwende. Die Meinung, dass von fälligen oder noch nicht fälligen Ansprüchen nicht reden dürfte, wer in der Fälligkeit ein Erfordernis der Existenz des Anspruchs sieht,

ist ebenso unbegründet wie die Meinung, dass man von ungültigen Rechtsgeschäften nicht reden dürfe, weil die Möglichkeit seiner Geltung ein Erfordernis der Existenz eines Rechtsgeschäftes ist. Dürfte man dann doch auch nicht von hölzernen Tieren, von gemalten Landschaften u. s. w. reden. Ein noch nicht fälliger Anspruch ist ein solcher, der noch nicht existiert oder nicht der Gegenwart, sondern erst der Zukunft angehört als ein solcher, der durch den Eintritt seiner Fälligkeit entstehen wird. Er ist aber ein solcher, der schon alle Erfordernisse seiner vollendeten Existenz aufweist mit der einzigen Ausnahme, dass noch nicht die Zeit eingetreten ist, für die dem Berechtigten die Leistung geschuldet wird. Sie ist ihm schon jetzt für eine spätere Zeit geschuldet, so dass schon jetzt Erfüllung möglich sowie der Verpflichtete für die Vereitelung der späteren Erfüllung verantwortlich ist; aber der Berechtigte kann sie noch nicht verlangen. Nach Hellwig S. 217 beweist die Bestimmung des Gesetzes, dass die Verjährung mit der Entstehung des Anspruchs beginnt, nichts dafür, dass diese die Fälligkeit der Leistung fordert; denn „hierbei wird als selbstverständlich vorausgesetzt, dass der Anspruch fällig ist". Jene Bestimmung will aber doch den Beginn der Verjährung fixieren und konnte ihn, wenn sie das Erfordernis der Fälligkeit als selbstverständlich voraussetzt, nicht mit der Entstehung des Anspruchs identifizieren, ohne diesen als einen vor seiner Fälligkeit noch nicht entstandenen anzusehen. Von dem Falle des nicht fälligen Anspruchs unterscheidet Hellwig den Fall der Stundung als einer solchen, durch die „der Gläubiger dem Schuldner verspricht, die Leistung trotz

ihrer fortdauernden Fälligkeit nicht einzufordern“. Die Stundung ist aber keinesfalls ein blosses Versprechen, das zur Unterlassung der Einforderung und Beitreibung binnen bestimmter Zeit verpflichten würde, ohne ihre Möglichkeit auszuschliessen. Wer um Stundung bittet, der bittet darum, erst nach Ablauf bestimmter Zeit zahlen zu müssen; wer sie bewilligt verzichtet darauf, vor Ablauf jener Zeit die Zahlung verlangen zu können. Ob wir von vornherein ausmachen, dass erst zu einer bestimmten späteren Zeit zu zahlen ist, ob wir diese Zeit, ehe sie eingetreten ist, weiter hinausschieben und ob wir, nachdem sie schon eingetreten ist, eine spätere Zahlungszeit bestimmen, macht keinen Unterschied dafür, dass Zahlung erst zu dieser Zeit verlangt werden kann. Im letzten Falle konnte sie schon früher verlangt werden, was aber nach einmal bewilligtem Aufschube keine Bedeutung mehr hat. Dass in diesem Fall die Fälligkeit als eine bereits eingetretene wieder aufgehoben und auf spätere Zeit verschoben, also ein bereits entstandener Anspruch durch einen solchen ersetzt ist, der erst später entstehen wird, ist etwas, was zu denken keinerlei Schwierigkeit macht. Es ist dasselbe Recht, aus dem jener Anspruch und dieser Anspruch fliesst. Wie wir es begründen konnten als umfassenderes oder weniger umfassendes Recht, als Recht auf sofortige oder spätere Leistung, so können wir auch es wieder aufheben in seinem ganzen Umfange oder nur bezüglich eines Teils seines Umfangs, was wir in zeitlicher Beziehung tun durch Vereinbarung einer Stundung, wodurch wir die Forderung aus einer zu früherer Zeit zu befriedigenden in eine erst in späterer Zeit zu befriedigende verwan-

deln. Dass die Verfasser des Gesetzes die Sache anders angesehen haben, ergibt allerdings § 202. Die vom Gesetze für den Fall der Stundung bestimmte Hemmung der Verjährung fällt aber, falls die Stundung vor dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, mit dem Aufschube des Beginns der Verjährung zusammen, und sie begründet einen solchen auch dann, wenn die Stundung nach eingetretener Fälligkeit erfolgte, wegen der in der Erbittung oder Annahme dieser enthaltenen Anerkennung der Schuld. Eine Begriffsbestimmung der Stundung enthält das Gesetz nicht. Sie ist ein beschränkter Erlass, und dafür, dass kein Schuldner während der Zeit, auf die ihm die Schuld gestundet ist, sich als ein zu gegenwärtiger Zahlung Verpflichteter fühlt, zeugt die Erfahrung des Lebens. Auch ist zu hoffen, dass kein Richter sich finde, der, wenn aus den vom Gläubiger vorgetragenen Tatsachen sich ergibt, dass Stundung erfolgt und die Stundungsfrist noch nicht abgelaufen ist, den abwesenden Schuldner zu sofortiger Zahlung verurteilen würde.

Endemann (Lehrb. des bürg. R. 8. Aufl. § 86) nennt den Anspruch „die rechtliche Machtbefugnis zum Angriff“, identifiziert ihn aber mit dem Forderungsrechte. Er verlangt für seine Existenz „nicht die Befugnis zur gegenwärtigen Ausübung eines Rechtes“, aber „dass das Forderungsrecht endgültig begründet ist“, wozu nach ihm auch der Eintritt des Anfangstermins gehört. Dagegen „ist hervorzuheben, dass nicht, wie zu erwarten war, die Entstehung des Anspruches erst mit seiner Fälligkeit beginnt“. Ist aber schon vor dem Eintritte des Anfangstermins die obligatio sowohl in der Regel erfüllbar als insbesondere verletzbar, so kann

davon, dass sie zu dieser Zeit noch nicht endgültig existierte, keine Rede sein; sie hat nur zu dieser Zeit noch nicht den Inhalt, den sie durch den Eintritt des Anfangstermins erlangt und der von ihrem bisherigen Inhalte sich dadurch unterscheidet, dass jetzt der Gläubiger die Leistung verlangen kann oder einen Anspruch hat. Dagegen ist der Anspruch bis zur Fälligkeit nicht nur ein noch nicht existierender, sondern auch ein solcher, dessen zukünftige Existenz noch nicht feststeht, weil das Forderungsrecht vor dieser erlöschen kann.

Stein (S. 47) glaubt im Gegensatz zu den auf das BGB sich beziehenden Ausführungen meines Kommentars zu § 198 hervorheben zu müssen, „dass die ZPO unzweideutig auch den nicht fälligen Anspruch als einen bestehenden Anspruch ansieht und behandelt“, wobei er nicht auf die Frage eingeht, ob nicht das Wort in der ZPO einen andren Sinn hat als im BGB. Er fügt bei, der Anspruch sei „aber im Regelfalle nur dann schutzfähig, wenn er fällig ist“, ohne sich zu fragen, was die im Sinne der ZPO platzgreifende Eigenschaft oder Behandlung eines Anspruchs als eines bestehenden, aber nicht schutzfähigen bedeuten soll.

Die Veranlassung dieses Programms ist folgende: Der Kurfürstlich Sächsische Hofrat Dr. Bernhardt Friedrich Rudolf Lauhn zu Tennstädt, welcher am 2. Mai 1792 verstarb, hat in seinem am 14. Juli 1789 errichteten Testament unserer Universität den freien Siedelhof zu Mannstedt und ein Kapital von 3000 Talern (oder 9000 M.) vermacht, deren Erträgnisse zu Stipendien für Studierende der Rechtswissenschaft verwendet werden sollen. Unter anderen Bedingungen, welchen die Stipendiaten genügen müssen, hat der Testator auch die verordnet, dass jeder derselben vor Erhebung der dritten Jahresrate eines Stipendiums eine öffentliche Rede am Todes- oder abwechselnd am Geburtstage des Stifters halte.

Zu diesem Zwecke wird

Herr stud. iur. LEO FRANCKE aus Weimar

am 13. Mai d. J. nachmittags $5^1/_4$ Uhr

eine Rede:

Über Hegels Rechtsphilosophie

in der Aula der Juristenfakultät (Petrinum) halten, um dem Dank, welchen die Universität dem Stifter schuldet, feierlichen Ausdruck zu geben.

Wir beehren uns, das Oberhaupt und die Mitglieder der Universität, sowie alle Gönner und Freunde derselben zu dieser Feier hiermit ergebenst einzuladen.

Leipzig, den 6. Mai 1903.



